



Acórdão n.º 037/2021 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 13 de outubro de 2021

Recurso n.º 030/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20115000065)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **CONDOMÍNIO GERAL DO MILLENIUM CENTER**

Relator: Conselheiro **PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO**

TRIBUTÁRIO. ISSQN. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. VÍCIO SUBSTANCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **CONDOMÍNIO GERAL DO MILLENIUM CENTER**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, Conhecer e Julgar Improvido o Recurso de Ofício, **anulando-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 20115000065, de 23 de fevereiro de 2011, tendo sido ratificada a Decisão proferida em Primeiro Grau, nos termos do Relatório e Voto que passam a integrar o presente julgado.

Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 13 de outubro de 2021.

FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente

PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO

Relator

DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA, JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA, HUMBERTO DA COSTA CORRÊA JÚNIOR e ATALIBA DAVID ANTONIO FILHO.



RECURSO Nº 030/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 037/2021 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2011/2967/3446/00099
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000065
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: CONDOMÍNIO GERAL DO MILLENIUM CENTER
RELATOR: Conselheiro PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO

RELATÓRIO

A **PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA** vem a este douto Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, interpor Recurso de Ofício, nos termos do Artigo 85 da Lei nº 1.697/83, da **DECISÃO Nº 370/2019 – GECFI/DETRI/SEMEF**, fls. 189 a 199, que julgou **IMPROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000065**, lavrado em 23 de fevereiro de 2011, contra **CONDOMÍNIO GERAL DO MILLENIUM CENTER**, Pessoa Jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.119.723/0001-53, com sede nesta cidade, na Avenida Djalma Batista nº 1661, Chapada, CEP: 69.050-010, sob o fundamento da falta do recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, substituição tributária, incidente sobre Notas Fiscais recebidas nos **EXERCÍCIOS de 2005 e 2006** e não ter realizado a retenção em tempo hábil, infringindo o Artigo 2º, XIV, e Artigo 3º, ambos da Lei nº 231/93, acarretando na aplicação da penalidade imposta pelo Artigo 30, I da Lei nº 254/94, com redação dada pelo Artigo 1º da Lei nº 1.420/2010 combinado com o Artigo 2º da mesma lei, e Artigo 106, II, alínea “c” do CTN que determinam a aplicação da multa de 50% sobre o valor do imposto devido, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 124.681,39 (cento e vinte e quatro mil, seiscentos e oitenta e um reais e trinta e nove centavos), equivalentes a 1.879,43 Unidades Fiscais do Município – UFMs.

Em suas razões de Impugnação, apresentou a Interessada, resumidamente que: **(i)** o ISSQN não foi recolhido aos cofres municipais porque não foi retido no ato do pagamento dos serviços prestados, principalmente no que tange à questão extraterritorial, está de acordo com a norma contemplada no Artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003; **(ii)** a Lei Complementar nº 116/2003 veio a dirimir os conflitos de competência, elegendo o critério do estabelecimento prestador, como local presumido de ocorrência do fato gerador. Não podendo ser suscitada a inconstitucionalidade da extraterritorialidade, pois o Artigo 146, I, remete à Lei Complementar a solução de conflitos de competência, o que veio a ser de forma precisa o referido Artigo 3º; **(iii)** a substituição tributária não viola a rígida repartição de competência tributária, tampouco o princípio da capacidade contributiva, exatamente porque não é qualquer pessoa que pode ser eleita substituta tributária, mas apenas aquela “vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação” (Artigo 128 do CTN); **(iv)** não podendo o município inovar criando outras categorias não aludidas no texto Constitucional. Não lhe é lícito distinguir situações não discriminadas pela



Constituição. *“Os limites com que é desenhada a competência tributária estão traçados na CF/88, será, portanto, uma reserva constitucional na fixação de novos limites”.*

O Agente Fiscal manifestou-se pela manutenção integral dos valores (fl. 162), tendo em vista que a falta de retenção ocorreu, exatamente, com as empresas prestadoras de serviços diretamente envolvidas com a administração do Shopping, e, ainda, como a ninguém é permitido o não cumprimento da lei (tributo) pela justificativa da ignorância ou desconhecimento dela, presume-se a sistematização da falta de retenção, pelo grupo que administra e é responsável por ela, a sonegação premeditada, portanto, sendo totalmente a favor da manutenção do Auto de Infração e Intimação nº 20115000065.

Em 11/07/2013, foi notificada a Interessada acerca do **TRAI Nº 13/2013** que retificou os valores lançados no exercício de 2005, alterando o lançamento de 1.879,43 UFMs para 1.090,85 UFMs. Sendo a Interessada devidamente notificada a apresentar defesa complementar no prazo regulamentar.

Deste modo, ao apresentar suas razões complementares de Impugnação, alegou resumidamente que: **(i)** cada entidade municipal pode, dentro do âmbito de sua competência, legislar sobre o fato gerador, base de cálculo e alíquota, inclusive regulamentando os procedimentos de fiscalização, lançamento e arrecadação, disciplinando ainda normas relativas ao processo administrativo fiscal, todavia, este poder tributário encontra suas limitações constitucionais e infraconstitucionais, a que qualquer sujeito ativo (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal) está obrigado a observar; **(ii)** considerando que suas disposições guardam estrita consonância com as determinações constitucionais que lhe serviam de fundamento de validade, as leis municipais não poderão assim contrariar a determinação da norma infraconstitucional nacional; **(iii)** a retenção do ISS somente poderá ser realizada nos serviços prestados em que o imposto seja devido no local de prestação do serviço, em conformidade com os incisos de I ao XXII, do Artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003 (Relação específica), nos casos em que os serviços são prestados em local diferente do estabelecimento prestador.

Por conseguinte, foi proferida Decisão nº 370/2019 – GCF1/DETRI/SEMEF, de fls. 189 a 199, que julgou nulo de pleno direito o Auto de Infração e Intimação nº 20115000065, de 23.02.2011, e, conseqüentemente o TRAI nº 13/2013, de 09.07.2013, haja vista a deficiência da motivação (comprovação do fato gerador do imposto) do ato administrativo do lançamento, sendo desnecessária a reconstituição da ação fiscal, nos termos do Artigo 173, II, do CTN, por impossibilidade material de saneamento ou regularização do ato.

A Representação Fiscal por meio de **PARECER Nº 019/2021 – CARF-M/RF/2º Câmara**, (fls. 204 a 209), manifestou-se pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do presente Recurso de Ofício para manter a Decisão de Primeiro Grau que **NULIFICOU** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000065** e o crédito tributário dele decorrente.

É o Relatório.



VOTO

Preliminarmente, é de se reconhecer que o presente Recurso de Ofício tem condições de ser apreciado por esta colenda Câmara, posto que atende todos os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação do Processo Administrativo Fiscal.

O ponto fundamental da presente demanda, refere-se à falta de recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN por substituição tributária, incidente sobre Notas Fiscais recebidas nos exercícios de 2005 e 2006 e não ter realizado a retenção em tempo hábil.

Deste modo, ao analisar os fatos e fundamentos apresentados nos autos há de se considerar preliminarmente, que os vícios identificados na lavratura do Auto de Infração e Intimação, são contundentes o suficiente ao ponto de não configurar a necessidade da análise de mérito.

Isto porque, conforme já amplamente demonstrado, pelo nobre Julgador de Primeira Instância e pela douta Representação Fiscal, a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20115000064, de 23.02.2011 padece de vício substancial desde o seu lançamento devido à falta de instrução do lançamento, com os documentos comprobatórios, ou seja, as Notas Fiscais, que não constam relacionadas no Auto de Infração e Intimação.

Noutro ponto, identifica-se ainda que sequer se discriminou os serviços que foram tomadas pela Interessada. Fato este, que se destaca pela exigência fiscal de amparar em fatos e fundamentos contundentes a ocorrência do fato gerador e qualquer conduta, diferente desta, conforme o entendimento desta Colenda Câmara, já caracteriza inobservância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, um dos norteadores do processo administrativo tributário.

Isto posto, há de se considerar o que determina a legislação que rege o direito tributário no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o Código Tributário Nacional – CTN, combinada com o que determina os procedimentos a serem seguidos no Processo Administrativo Fiscal – PAF no Município de Manaus pelo Decreto nº 681/1991, respectivamente em seus Artigos 142 e 36, inciso I. Vejamos:

Código Tributário Nacional – CTN

Art. 142. *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*



Decreto nº 681/1991 – PAF

Art. 36. O ônus da prova incumbe:

I - A fazenda, quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação;

Assim sendo, não é desnecessário rememorar que o lançamento fiscal deve ser amparado, em regra, por elementos contundentes e coesos, não se firmando as imputações de lançamento das obrigações principais e acessórias baseadas em simples indícios de ocorrências do fato gerador, devendo estes, portanto, possuírem provas cabais de seu descumprimento e, por conseguinte, de sua obrigatoriedade, fatos estes que não se vislumbram no lançamento ora discutido.

Nesse mesmo sentir, ressalte-se ainda o disposto no Artigo 16, incisos III e IV e Parágrafo § 2º do Decreto nº 681/1991, acerca dos itens que devem ser parte indissociável do Auto de infração e Intimação. Leia-se:

Decreto nº 681/1991 – PAF

Art. 16. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e não deverá conter rasuras, entrelinhas ou emendas, devendo nele constar:

[...]

III - A descrição do fato;

IV - A disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

[...]

§ 2º - A discriminação dos débitos deverá ser feita por meio de quadros demonstrativos em separado para cada exercício, que integram o auto de infração para todos os efeitos legais.

Nestes termos, resta evidenciado o manifesto cerceamento ao direito de defesa com ampla restrição ao contraditório e à ampla defesa do Contribuinte, vez que sequer foram juntadas as documentações que comprovassem o determinado no Auto de Infração em voga, lançamento, o qual deve se defender sem os detalhamentos e fundamentos dispostos em lei.

Evidencie-se que, tal privação vai de encontro ao disposto na Carta Constitucional de 1988, em seu Artigo 5º, inciso LV. Vejamos:

Constituição Federal 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;



Por todo o exposto, o vício substancial verificado ao longo deste processo administrativo, caracteriza-se pela falta de observância na autuação dos aspectos material e quantitativo da obrigação tributária, tornando duvidoso o lançamento e a cobrança do crédito em si.

Desta forma, não se verifica subsistência ao lançamento sumariamente realizado por esta Secretaria, posto que a Contribuinte sofreu claro cerceamento do direito de defesa, sendo o lançamento do Auto nulo de pleno direito, posto que conforme alhures demonstrado, a legislação é expressa quanto a necessidade de certeza e liquidez no lançamento, a ser observada.

Deste modo, por todo o alegado, esgotando-se as razões apresentadas a este conselho, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício mantendo integralmente a Decisão de Primeira Instância, julgando **NULO** de pleno direito o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000064**.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 13 de outubro de 2021.

PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO
Relator